

Reflexiones acerca de la *societas leonina* en el Derecho Romano¹

José María BLANCH NOUGUÉS

(*Université Autonome de Madrid*)

1.- *Societas leonina*

Ulpiano expone en D. 17.2.29.2 (Ulp. 30 *Sab.*) la regla jurídica que establece la nulidad de la sociedad en la que uno de los socios participa sólo en las pérdidas pero no, en absoluto, en las ganancias. Asimismo califica dicha sociedad como injustísima y menciona el hecho de que Aristón² cite a su maestro Casio, como autor de la expresión « sociedad leonina » :

D. 17.2.29.2 (Ulp. 30 *Sab.*)

Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare : et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret : iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet.

¹ Este artículo desarrolla, con el mismo título, la comunicación presentada en la 62^{ème} session de la Société Internationale Fernand De Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité (SIHDA), celebrada en Fribourg (Suiza) en septiembre de 2008, con el tema general del congreso : *Le contrat dans tous ses états*.

² Aristón vivió entre los siglos I y II d.C. Como pone de relieve A. GUARINO, *La società col leone*, *Labeo* 18, 1972, pp. 72 ss. (p. 74, nt. 9) [publicado reelaborado en *La società in diritto romano*, Napoli, 1988, p. 176, nt. 7], dicho jurista fue discípulo de Casio a tenor de lo establecido en D. 4.8.40 : *Cassium audisse se dicentem Aristo ait*. No obstante, C. ARNÒ, *Il contratto di società*, Torino, 1938, p. 228, destaca que aunque hubiese sido así, Aristón era de espíritu independiente y ajeno a las disputas escolásticas.

Casio³ no fue sólo el sucesor de Sabino en la jefatura de la escuela sabiniana sino que ocupó cargos políticos relevantes en época de Tiberio siendo, *consul suffectus* en el 30, seguramente pretor hacia el año 27, y gobernador de las provincias de Asia y de Siria antes de que Nerón lo deportase a Cerdeña en el año 65. Casio regresó a Roma con Vespasiano en el 69 y muere entre esta fecha y el año 79.

Dados estos antecedentes no es de extrañar que Casio tuviese la autoridad⁴ suficiente como para llevar al campo del Derecho la expresión de *societas leonina* que posiblemente ya era utilizada entonces en el lenguaje vulgar de los romanos, la cual procedía en último término de una conocida fábula de Esopo⁵ sobre la que se debió inspirar también Fedro⁶, contemporáneo de Casio, al escribir su

³ F. D'IPPOLITO, *Ideologia e diritto in Gaio Cassio Longino*, Napoli, 1969 ; A. GONZÁLEZ BUSTELO, *Cayo Longino Casio (Caius Cassius Longinus)*, en *Juristas universales* (coord. Domingo R.), Vol. I, Juristas antiguos, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 57-58, y bibliografía allí citada.

⁴ Así Tácito (*Tacitus* XII, 12) se refirió a Casio en estos términos : *Ea tempestate Cassius ceteros praeminebat peritia legum*.

⁵ De dicha fábula de Esopo circularon en la Antigüedad varias versiones. Dentro de la abundante bibliografía sobre este tema me limito a citar a estos efectos a : K.-M. HINGST, *Die societas leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte. Der Weg vom Typenzwang zur Vertragsfreiheit am Beispiel der Geschichte der Löwengesellschaft vom römischen Recht bis in die Gegenwart*, Berlin, 2002, pp. 42 ss. ; y en la doctrina española, entre otros, a J. GARCÍA GONZÁLEZ, *Sociedad leonina*, Homenaje al profesor García-Gallo, 3, Madrid, 1996, pp. 285 ss. (pp. 289 ss.) ; A. MAÑAS NÚÑEZ, *Fedro/Aviano, Fábulas*, Madrid, 1998 ; A. ZAPATA, *Fedro. Fábulas*, Madrid, 2000 ; A. CASCÓN DORADO, *Fedro, fábulas. Aviano, fábulas. Fábulas de Rómulo*, Madrid, 2005. Sabemos muy poco del fabulista griego Esopo salvo que posiblemente vivió en la segunda mitad del siglo VI a.C., pero sus fábulas en las que se hacía hablar a animales y plantas con una intención moralizante y a la vez crítica de la sociedad de su tiempo fueron muy populares en el mundo antiguo. Dicho género literario fue retomado por Fedro en el siglo I d.C. así como por Babrio (s. II - III d.C.), y en época moderna por autores de los siglos XVII y XVIII como La Fontaine (1621-1694) en Francia o Iriarte (1750-1791) y Samaniego (1754-1801) en España.

⁶ Nació a finales del siglo I a.C. en Macedonia y fue traído como esclavo a Roma, siendo liberto de Augusto (según A. DE LORENZI, *Fedro*, Firenze, 1955 y A. GUARINO, *La società...*, *op. cit.*, p. 179, nt. 17, su nacimiento se situaría hacia el 18 a.C. ; BRENOT A., *Phèdre, Fables*, Paris², 1961, p. X, supone que su fallecimiento se produjo hacia el año 69 d.C. ; por el contrario, L. HERRMANN, *Phèdre et ses fables*, Leiden, 1950, mantuvo otra opinión y retrasó su nacimiento al año 8 d.C. (p. 141), estimando que fue liberto del emperador Claudio y que falleció en el 92 o 93 d.C. (p. 157) ; por otro lado, dentro de la doctrina española, citamos a J. GARCÍA GONZÁLEZ, *Sociedad leonina*, *op. cit.*, p. 290, que sitúa dicho nacimiento en el año 10 a.C. y su fallecimiento en el 69 d.C. y, recientemente, a A. CASCÓN DORADO, *Fedro*,

famosa fábula⁷ en la que se unen un león con una cabra, una oveja y una vaca para cazar a un ciervo y repartirse su cuerpo⁸. Naturalmente el león se quedó con las cuatro partes del botín con la moraleja de que no conviene asociarse con alguien que es mucho más fuerte que tú porque no podrás evitar que abuse de su poder. Ahora bien, Guarino⁹ nos alertó acerca de la incongruencia del cuento de Fedro porque sucede que mientras el león cazaba legítimamente para buscarse su sustento no se comprende bien cual es el propósito malvado de los otros tres animales herbívoros asociándose con el león para matar al ciervo. Cabe, no obstante, que Fedro cambiase los animales que aparecían en la fábula original de Esopo : esto es, al asno y a la zorra,

fábulas, *op. cit.*, p. 24, que estima que su muerte debió producirse a finales del reinado de Claudio o a principios del de Nerón (alrededor del año 55 d.C.). Sobre Fedro y su fábula, véase el amplio índice bibliográfico recogido por CASCÓN DORADO, *op. cit.*, pp. 73-79.

⁷ *Phaedrus* 1, 5. Por tanto, según la opinión común de la doctrina, se encuentra en el primero de los cinco libros que componen la obra de Fedro. No obstante, L. HERRMANN, *Phèdre...*, *op. cit.*, p. 6, estimó que Fedro agrupó sus fábulas en cuatro libros y colocó nuestra fábula en el libro segundo (II, 11).

⁸ Llegado el momento de repartirse la carne del animal muerto, el león se queda con las cuatro partes : la primera porque le corresponde como león, la segunda por ser socio, la tercera porque afirma que tiene más poder que los demás y la cuarta porque, de lo contrario, aquél de los socios que pretenda reivindicar su parte sufrirá las consecuencias. El fragmento es el siguiente : *Numquam est fidelis cum potente societas : Testatur haec fabella propositum meum. Vacca et capella et patiens ovis iniuriae socii fuere cum leone in saltibus. Hi cum cepissent cervum vasti corporis, Sic est locutus, partibus factis, leo : « Ego primam tollo, nominor quia leo ; Secundam, quia sum fortis, tribuetis mihi ; Tum quia plus valeo, me sequetur tertia ; Malo afficietur si quis quartam tetigerit ».* *Sic totam praedam sola improbitas abstulit*.

⁹ A. GUARINO, *La società...*, *op. cit.*, pp. 185 ss. El Autor (p. 185, nt. 39) también llama la atención sobre el hecho de que Fedro no concebía propiamente un pacto leonino sino una sociedad en la que el león incumple injustamente lo pactado por las partes para quedarse de esta manera con todo el botín ; por el contrario, Casio diseñó la regla que prohíbe que los socios convengan de entrada la inclusión de un pacto leonino de tal modo que si concurre dicho pacto la sociedad será nula. Además A. GUARINO, *La società...*, *op. cit.*, pp. 75-76, pone en duda que Fedro fuera verdaderamente consciente del alcance de su fábula teniendo en cuenta que la causa por la que se constituyó la sociedad era injusta, como parece resultar del propio texto de Fedro (*vacca et capella et patiens ovis iniuriae socii fuere cum leone in saltibus*), especialmente respecto a los tres animales herbívoros : la vaca, la cabra y la oveja ; por lo tanto, la sociedad sería nula por tener como fundamento una causa injusta (D. 17.2.57 ; Ulp. 30 *Sab*) lo cual daría una razón de peso al león para incumplir el pacto que existió entre todos y de quedarse con todo el cuerpo del ciervo. A. GUARINO (*op. cit.*, p. 76) incluso aduce a favor del felino el principio : *In pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*.

por la oveja, la vaca y la cabra, bien para evitar que los primeros pudiesen ser identificados con personajes de la vida política y social romana de su tiempo o bien para conseguir con dicho cambio esa velada identificación¹⁰. Aún así, seguimos encontrándonos con el problema de que el asno de la fábula de Esopo también era un animal herbívoro.

En cualquier caso, Guarino¹¹ consideró entonces que Casio, dada su condición de pretor y cónsul en tiempos de Tiberio y su más que probable buena relación con Sejano, debió tener conocimiento de primera mano de las fábulas de Fedro, las cuales estarían en el punto de mira del poder político de su tiempo por encubrir críticas al mismo, y así, el jurista acuñó la expresión de sociedad leonina aplicable al caso límite en el que un socio sólo participe en las pérdidas de la sociedad y no en las ganancias. Otra opinión distinta fue la mantenida

¹⁰ En este sentido, J. GARCÍA GONZÁLEZ, *Sociedad leonina*, *op. cit.*, p. 292, nt. 13. Además, se puede conjeturar con el dato de que Fedro, como antiguo esclavo y liberto de Augusto, fuese consciente de que la única forma de referir en tono satírico los vicios y virtudes de su época sería utilizando el lenguaje metafórico de las fábulas en las que hacía hablar a animales que representaban veladamente a personajes públicos. Esta actitud suponía la asunción de un riesgo personal en una época en la que además abundaban las delaciones y acusaciones, incluso falsas o calumniosas. También Marcial (Martial, *Epigram.* 3.20) calificó a Fedro como *improbis*: ... *an aemulatur improbi iocos (locos) Phaedri*? A. GUARINO, *La società...*, *op. cit.*, pp. 76-77; pp. 190 ss., interpreta este calificativo como aludiendo a la escasa inteligencia, o incluso, a la estupidez de Fedro. No obstante, también Guarino admite citando a otros autores que tal vez Marcial no sólo aludía con dicho apelativo a las "pocas luces" de Fedro sino más bien a la temeridad con la que exponía sus ideas. Además, debemos añadir que al menos una parte de la doctrina moderna ha puesto en tela de juicio la veracidad o el sentido real de la frase de Marcial, como ha señalado A. CASCÓN DORADO, *Fedro, fábulas...*, *op. cit.*, pp. 13-14.

¹¹ Fedro nos dice en el prólogo de su tercer libro que Sejano promovió contra él una iniciativa acusatoria actuando también como testigo de cargo y como juez contra él, con lo que nos estaría mostrando la inquina del lugarteniente de Tiberio contra el poeta: *si accusator alius Seianus foret, si testis alius, iudex alius denique* (vv. 41-42) A. GUARINO, *La società...*, *op. cit.*, p. 181, nt. 24, supuso que dicha acción sería una *actio iniuriarum* basada en el edicto *Ne quid infamandi causa fiat* fundamentada en la intención satírica presente, quizá de forma especialmente acusada, en alguno de los versos contenidos en los dos primeros libros de sus fábulas. De este modo el Autor entiende que Sejano, seguramente encontrándose ante un problema político delicado, debió discutir con el círculo de sus amigos y personas de confianza la mejor forma de proceder contra Fedro; en dicho círculo estaría Casio dada su condición de jefe de la escuela sabiniana y los cargos políticos - pretor, cónsul - que ejerció en aquel tiempo.

por Herrmann¹² que estimó que Fedro sólo pudo publicar la fábula del león después del año 69 d.C., es decir, ya en tiempos de Vespasiano, por lo que Casio sólo habría podido leerla después de esa fecha. Y tampoco podemos excluir que Casio no tomase dicha fábula de Fedro sino que acudiese directamente a la atribuida a Esopo dada la gran popularidad de sus fábulas en el mundo antiguo¹³.

Por otro lado, con independencia de cual sea el origen literario de la expresión « sociedad leonina », lo cierto es que Wieacker¹⁴ formuló la hipótesis según la cual Casio habría tomado esta expresión con la deliberada intención de fijar un límite frente a los planteamientos de Servio Sulpicio Rufo, que polemizaba entonces con Quinto Mucio Escévola, al defender frente a éste último un mejor trato del socio industrial (*socius operae*) frente al socio capitalista en las *societates* romanas en lo que atañe al reparto de las pérdidas y ganancias de la

¹² L. HERRMANN, *Autour des fables de Phèdre (IV. Le partage du lion)*, *Latomus* 7 (1948), pp. 197 ss. (p. 211); A. GUARINO, *La società...*, *op. cit.*, pp. 183 ss., no acepta esta hipótesis citando diversa bibliografía al respecto. Por otro lado, A. CASCÓN DORADO, *El pensamiento de Fedro en la tradición fabulística greco-latina*, Madrid, 1998, pp. 56 ss.; *Fedro, fábulas...*, *op. cit.*, pp. 20 ss., ha formulado recientemente la hipótesis en virtud de la cual Sejano no fue el culpable de la desgracia de Fedro sino su causa debido a la amistad que debió existir entre ambos - en este sentido, también L. HERRMANN, *Phèdre...*, *op. cit.*, pp. 133 ss. -; así, CASCÓN DORADO llama la atención del hecho de que Tácito y Suetonio refirieron las grandes persecuciones que se produjeron contra los amigos de Sejano al caer éste en desgracia (31 d.C.): así, es posible que Fedro fuera acusado de tener amistad con Sejano y, « probablemente, cuando dice que Sejano ha sido su acusador, su juez y su testigo, quiere hacer ver que no ha existido un juicio regular y que la acusación era por sí sola lo suficientemente grave como para condenarlo ». CASCÓN DORADO (*op. cit.*, p. 23) añade que « en resumen, Fedro fue acusado por ciertos individuos de tener amistad con Sejano, tras la caída en desgracia de éste; tal acusación debió acarrearle una condena que se mantuvo incluso tras el advenimiento de Calígula. El fabulista dedicó su libro III a Éutico - famoso auriga de su tiempo, natural, como Fedro, de Tracia y de gran influencia sobre Calígula - con la esperanza de que le ayudara en su desgracia. De este modo, el poeta utilizó las fábulas como remedio de su *calamitas* ».

¹³ Así J. GARCÍA GONZÁLEZ, *Societas leonina*, *op. cit.*, p. 292, nt. 13, ha destacado el hecho de que en D. 17.2.30 se afirme que *hanc societatem leoninam solitum appellare*, como dando a entender que estamos ante una expresión muy conocida en tiempos de Casio por la difusión de las fábulas de Esopo en la sociedad romana. No obstante, también podemos añadir que fue Ulpiano el autor de esa frase y no hay que olvidar que dicho jurista vivió más de un siglo después que Casio por lo que la expresión casiana debía ser conocida y utilizada en las escuelas de juristas de los siglos II y III d.C.

¹⁴ F. WIEACKER, *Societas, Hausgemeinschaft und Erwebsgesellschaft*, I, Weimar, 1936, pp. 267 ss., pp. 266; K.-M. HINGST, *Die societas leonina...*, *op. cit.*, pp. 97-98.

sociedad¹⁵; de este modo, la regla de Casio fijaría que no debía darse el caso en el que, por acuerdo de las partes, sólo el socio capitalista quedase sujeto a responder de las pérdidas sin que participase en las ganancias las cuales habrían correspondido exclusivamente al socio industrial. También Arnò supuso que Casio debió fijar el límite de la sociedad leonina en relación con dicha polémica¹⁶, pero recientemente Hingst¹⁷, en su exhaustivo estudio sobre este tema ha considerado más probable que Casio acuñase esta expresión en el ámbito de una respuesta dada ante un caso que le fue planteado.

Ahora bien, dejando a un lado estas hipótesis lo cierto es que la expresión « *societas leonina* » no aparece en boca de ningún otro jurista romano hasta el punto de que se ha llegado a cuestionar la plena aceptación entre la jurisprudencia de la regla jurídica propuesta por Casio¹⁸ en virtud de la cual se dispone la nulidad de la sociedad leonina, es decir - como vimos -, de aquélla en la que un socio participe sólo en las pérdidas y no, en absoluto, en las ganancias¹⁹. El hecho mismo de que Ulpiano mencionase expresamente a Aristón citando a su vez a su maestro como artífice de la referida expresión pone de relieve la originalidad de la propuesta casiana entre el conjunto de la jurisprudencia; pero considero que este silencio no debe interpretarse como muestra de discrepancia o distanciamiento de

¹⁵ Estamos ante una famosa controversia entre juristas romanos a la que haremos referencia más adelante, la cual presentaba ramificaciones jurídicas, económicas y sociales de mucho interés, y que debió tener tanta trascendencia en el seno de las escuelas de juristas de su tiempo que Gayo nos la refiere en un lugar destacado de sus Instituciones con el expresivo título de *magna quaestio*.

¹⁶ C. ARNÒ, *Il contratto...*, *op. cit.*, p. 229, señala lo siguiente: « *Dunque, Cassio, per far prevalere la società ammessa da Servio, per cui un socio poteva anche andare esente dal danno, dovette ben far emergere che questa società, ritenuta lecita da Servio, non ha nulla a vedere con la società leonina* ». También, M. TALAMANCA, *Società in generale (diritto romano)*, ED 42, Varese, 1990, pp. 814 ss. (p. 836, nt. 239), señaló que « *su un piano concreto, la l. 29,2 mostra che, di fronte agli sviluppi della teorica serviana, Cassio ha sentito la necessità di sua presa di posizione* ».

¹⁷ K.-M. HINGST, *Die societas leonina...*, *op. cit.*, pp. 98-99.

¹⁸ Sin embargo, A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, *BIDR* 13 (1934), pp. 166 ss. (p. 174), suponía que Casio no habría sido el primer jurista romano que concibió la nulidad de una sociedad en la que un socio concurre sólo en las pérdidas y no en las posibles ganancias sociales.

¹⁹ En contra, C. ARNÒ, *Il contratto...*, *op. cit.*, p. 230; no obstante, M. TALAMANCA, *Società...*, *op. cit.*, p. 839.

la propuesta de Casio por parte de otros juristas romanos²⁰ puesto que la regla fue recogida por Ulpiano, y más tarde en el Digesto, lo que demuestra su aceptación general por la jurisprudencia clásica²¹. Es más, el propio Ulpiano parece que refuerza o justifica formalmente el valor de la regla al manifestar que « *nos consentimos talem societatem nullam esse...* » y concluir diciendo que « *iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet* »; si bien es verdad que esta última frase hizo pensar a Wieacker²² que podíamos estar ante una interpolación de los justinianos destinada a reforzar aún más la opinión de Ulpiano e influida por ideas propias de la justicia distributiva de Aristóteles las cuales se manifiestan también entre los comentaristas bizantinos al Digesto del siglo VI y en los escolios a las Basílicas. De todos modos, estas hipótesis no obstan para reconocer la aceptación general de la regla entre los juristas romanos clásicos y justinianos.

²⁰ Sobre este punto insiste M. TALAMANCA, *Società...*, *op. cit.*, p. 836, nt. 239.

²¹ Las dos primeras frases del fragmento 29.2 (*Aristo refert... nullum lucrum*) han sido básicamente reputadas como genuinas por la doctrina romanística, aunque V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano (corso 1949-1950)*, Napoli, 1965 (*rist.*, Napoli, 1981), p. 111, puso de relieve la posible existencia de manipulaciones en el texto como, por ejemplo: el término *tantum* de la primera parte del fragmento figuraba en lugar de *totum*, lo cual aparece como un error de un amanuense tal y como resulta de las Basílicas. A. GUARINO, *La società...*, *op. cit.*, p. 177, nt. 9, también estimó que considerar el fragmento como interpolado era sumamente improbable. Asimismo son de esta opinión: K.-M. HINGST, *Die societas leonina...*, *op. cit.*, p. 70; implícitamente, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, § 133, III, I, p. 574, nt. 29; así como A. POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico*, II, *Rist. ed. anast.*, 1930-34, Roma, 1972, p. 166, nt. 1; C. ARNÒ, *Il contratto...*, *op. cit.*, p. 229.

²² La generalidad de la doctrina romanística (K.-M. HINGST, *Die societas leonina...*, *op. cit.*, p. 68, nt. 196) ha mostrado sus dudas respecto a la frase final del fragmento (*iniquissimum – spectet*) que a primera vista parece o bien un glosema postclásico o bien una interpolación justiniana dirigida a reforzar la opinión de Ulpiano. No obstante, no creo que se pueda afirmar nada concluyente al respecto. F. WIEACKER, *Societas...*, *op. cit.*, p. 269, entendió que estamos ante una interpolación que no modifica el sentido del texto original (*sachlich unscheinbaren Interpolation*) la cual obedecía, según la opinión del Autor, a la influencia de ideas aristotélicas de justicia distributiva en los justinianos. La literatura bizantina asoció al león con la idea del ladrón que no permite que los demás socios participen de la parte que les corresponde en justicia. Por el contrario, K.-M. HINGST, *Die societas leonina...*, *op. cit.*, p. 126, pone de relieve que dicha influencia se dio más tarde en los escolios bizantinos a Basílicas, 12.1.29.2, es decir, a partir del siglo X d.C.: *convenire non potest, ut alter damnum tantum, alter vero lucrum sentiat* (traducción latina del texto original en griego).

Como hemos dicho, la regla jurídica casiana dispone la nulidad de la sociedad calificada como leonina bajo el argumento moral de que es una sociedad injustísima²³: con esta argumentación parece que se estaría sugiriendo la existencia de algún vicio en el consentimiento en quien acepta entrar en una sociedad en condiciones leoninas tal vez como víctima de una coacción o de un engaño realizado por la otra parte o incluso podría pensarse en un posible error esencial e insuperable. No obstante, debemos entender que en estos casos siempre podría haber actuado el pretor para determinar si hubo tales vicios del consentimiento.

Por otro lado, suponiendo que no se diesen en absoluto dichos vicios cabe preguntarnos si las partes podrían pactar libre y conscientemente la constitución de una sociedad leonina máxime teniendo en cuenta que la economía romana de época clásica se regía por principios liberales como resulta del contrato de compraventa en el que no se da el elemento del precio justo hasta época postclásica y justiniana, o en el hecho de que la realidad social romana se configuraba – como destacó Zimmermann²⁴ a este respecto - como una sociedad integrada por familias en la que cada *paterfamilias* miraba libre e independientemente por sus propios intereses y los de

²³ K.-M. HINGST, *Die societas leonina...*, *op. cit.*, pp. 72 ss., pp. 114 ss., refiere en este sentido la opinión de A. WACKE, *RJ Jubiläum : Plaudereien über den Löwen und Seine Gesellschaft, Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), pp. 117 ss. (pp. 136-137), que parte del supuesto en el que se dé un verdadero abuso de poder o coacción ejercida por el socio más fuerte sobre el más débil. En este caso estaríamos ante una sociedad constituida *contra bonos mores*, y el Autor pone en relación este caso con las medidas que fue adoptando el Ordenamiento Jurídico Romano para poner límites a los abusos de los *potiores*. Sobre este tema en general: A. WACKE, *Die Potiores in der Rechtsquellen. Einfluß und Abwehr gesellschaftlicher Übermacht in der Rechtspflege der Römer, ANRW*, II, 13, Berlin- New York, 1980, pp. 562 ss.

²⁴ R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*², Cape, South Africa, 1992, p. 256, a propósito de la relación existente entre el contrato de compraventa y el contrato de sociedad ya que en el mundo romano, al menos en época clásica, rigieron principios propios del liberalismo económico en la fijación de los precios de tal modo que la compraventa es válida aunque el precio estipulado no fuese ni justo ni, al menos, equitativo: « *Roman private law was the law of the free Roman citizen, who could not only be relied upon to look after his own interest, but whose duty it also was to protect the (economically, socially, intellectually or emotionally) weaker members of the community - notably women, children and slaves - in so far as they belonged to his household* ». Es lógico pensar que si esto fue así para la compraventa, también los juristas clásicos debieron operar con arreglo a los mismos principios en el reparto de las pérdidas y ganancias en el contrato de sociedad.

su familia. Y sin embargo, a pesar de dichos principios sorprende que el Derecho Romano en su afán de prohibir la sociedad leonina y de proteger al socio más desfavorecido fuese más lejos incluso que diversos autores modernos como Thibaut (1772-1840)²⁵ que admite el *pactum adiectum* al contrato de sociedad que configure dicha sociedad como una *societas donationis causa*; o como Savigny (1779-1861)²⁶, Vangerow (1808-1870)²⁷ o Windscheid (1817-1892)²⁸, entre otros, los cuales sostuvieron que puede mantenerse la validez de la sociedad leonina si se entiende que encubre un fin lícito de donación entre los socios. Estamos ante los postulados del liberalismo político y económico del siglo XIX.

En consecuencia, no parece que el fundamento de la prohibición de la sociedad leonina en el Derecho Romano esté – al menos del todo – en razones morales porque si esto fuese así, la jurisprudencia romana, después de verificar que no ha habido ni dolo, ni coacción, ni error esencial excusable en la relación entre los socios habría dado su *placet* o *nihil obstat* para admitir que la sociedad leonina valiese al menos como negocio de donación entre los socios, y sin embargo vemos que en D. 17.2.5.1 (Ulp. 31 *ed.*)²⁹, Ulpiano rechaza expresamente la validez de la *societas donationis causa*.

²⁵ *System des Pandekten-Rechts*, § 542, p. 83. (K.-M. HINGST, *Die societas leonina...*, *op. cit.*, p. 328).

²⁶ *System des heutigen römischen Recht*, § 154, p. 102 (K.-M. HINGST, *op. cit.*, p. 333).

²⁷ *Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen*, § 631, p. 442 (K.-M. HINGST, *op. cit.*, p. 332).

²⁸ *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 405, 2, p. 779 (K.-M. HINGST, *op. cit.*, p. 333).

²⁹ El fragmento contenido en D. 17.2.5.1 (Ulp. 31 *ed.*) inserta la prohibición de la *societas donationis causa* en el tema de la aportación de trabajo de uno de los socios que compense su menor aportación de capital: *societas autem coiri potest et valet etiam inter eos, qui non sunt aequis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest. Donationis causa societas recte non contrahitur*. A. POGGI, *Il contratto di società... II*, *op. cit.*, pp. 165-166, pone de relieve la falta de un interés común de los socios en la sociedad leonina, y G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, Milano, 1997, p. 73, nt. 88, señala en este sentido que « la ratio della nullità della *societas donationis causa* è alla base del divieto del patto leonino enucleato da Ulpiano in D. 17.2.29.2, dopo aver trattato - anche qui come in D. 17.2.5.1 - nel paragrafo precedente del problema della determinazione delle *partes lucri et damni* ». En este sentido nos dice F. CANCELLI, *Società. Diritto Romano, NNDI*, Torino, 1970, pp. 495 ss. (p. 501), que la prohibición de la *societas donationis causa* opera como corolario del principio de la bilateralidad o corresponsabilidad de las prestaciones de los socios, y añade que este principio actúa, inversamente, como

Por tanto, bajo esa apariencia moralizante que se evidencia también en el propio símil literario de la sociedad con el león se esconde, a mi juicio, el razonamiento lógico de los juristas romanos según el cual se rechaza la validez de la *societas* leonina porque falta en ella la *causa societatis* que es el fin común lícito que todos los socios esperan obtener en la sociedad³⁰. Así, el socio que sabe que no va a obtener ninguna ventaja y sólo va a sufrir pérdidas en la sociedad no espera nada de la misma y esta situación encubre en realidad otra diferente entre los socios que obedece a otra causa y tiene motivaciones distintas. Como conclusión: la jurisprudencia altoclásica en su esfuerzo por ir delimitando conceptos y categorías negociales no admitió la validez de la sociedad leonina y no pudo o no quiso encajarla dentro de otro tipo contractual³¹.

2.- La magna quaestio de Gayo

Visto todo lo anterior, cabe entonces preguntarnos que ocurriría si un socio participa de una manera especialmente ventajosa en las pérdidas y ganancias de la sociedad, es decir, si participa en las pérdidas en mucha menor medida que la debida según el valor de sus aportaciones –o incluso si no participa en ellas– o si participa en las ganancias en mucha mayor medida de la que correspondería. Esta cuestión se dio particularmente en relación con el llamado socio industrial que aportaba su trabajo (*operae*) a la sociedad³² frente al

prohibición de la *societas leonina*; K.-M. HINGST, *Die societas leonina...*, *op. cit.*, pp. 44 ss., con bibliografía reciente.

³⁰ También, A. WACKE, *Plaudereien...*, *op. cit.*, pp. 137-138.

³¹ E. SEIDL, *Römisches Privatrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1963, pp. 156-157: « Bei uns wäre ein solcher Vertrag nach dem Prinzip der Parteiautonomie zwar keine 'Gesellschaft', aber vielleicht als Vertrag sui generis gültig, nicht aber so bei den Römern, die einen numerus clausus gültiger Konsenskontrakte hatten. Bei ihnen konnte ein solcher Vertrag nicht unter den zugelassenen Typus 'societas' fallen und mußte unklagbar sein. »

³² Sobre este aspecto, S. RICCOBONO, *Capacità manageriale e partecipazione agli utili nella societas romana* (*Gai. 3.148-149*), en *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano 7-9 aprile, I, Milano, 1988, pp. 223 ss. El Autor (pp. 225-226) pone en relación la *magna quaestio* de Gayo con la célebre causa referida por Cicerón (*pro Q. Roscio Comoedo*) que tuvo lugar entre G. Fannio Cherea, que era propietario del esclavo Panurgo, y Q. Roscio Gallo; ambos habían constituido una sociedad en la que el primero aportaba materialmente el esclavo, y el segundo se comprometía a instruirle como actor de teatro. Más allá de la razón que origina el litigio nos importa la argumentación de Cicerón (*pro Roscio* 10.27-29) a favor de su cliente argumentando el enorme aumento del valor del esclavo objeto de

socio capitalista que participaba entregando un patrimonio que pasa a ser, en las sociedades *quoad sortem*³³, de titularidad de la sociedad. Como advirtió Santucci, también aquí podríamos estar, en rigor, ante una sociedad leonina si fuese muy grande la desproporción entre lo aportado por un socio y su porcentaje de participación en las pérdidas o en las ganancias³⁴.

De ahí la importancia de la llamada *magna quaestio* referida en Gayo 3.149, que partía de la conocida polémica entre Quinto Mucio Escévola y Servio Sulpicio Rufo sobre la distribución de pérdidas y ganancias de los socios, a tenor de la cual el primero defendía como algo natural³⁵ a la sociedad, el reparto igualitario entre los socios del

la sociedad precisamente gracias a la labor de instrucción en las artes escénicas realizada por Roscio. El pasaje demuestra que a fines de la República se tiene ya conciencia en los ambientes jurídicos de la importancia específica que puede llegar a tener la sólo aportación de industria o *gratia* del socio de *operae*. Véase también, G. SANTUCCI, *Il socio d'opera...*, *op. cit.*, pp. 163 ss.

³³ Junto a las sociedades *quoad sortem* (de disposición) se encuentran las sociedades *quoad usum* (de goce) en las que los socios conservan la propiedad de los bienes cuyo uso y administración entregan a la sociedad. M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, en *Società romana e produzione schiavistica* (A.A.V.V.), III, Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali (a cura di Giardina A. e Schiavone A.), Roma-Bari, 1981, p. 25, nt. 103, pp. 26 ss.; *Società...*, *op. cit.*, p. 826, viene a incluir en el segundo tipo social a la *societas omnium bonorum* mientras que las sociedades *unius rei* y *unius negotiationis* nacieron como sociedades de disposición dirigidas a la obtención de un lucro por parte de los socios. Por el contrario, A. Guarino, *Societas consensu contracta*, Napoli, 1972, pp. 23 ss. [= *La società...*, *op. cit.*, pp. 23 ss.], no aceptó este esquema defendiendo que la *societas omnium bonorum* también tuvo un origen y finalidad mercantil en época clásica. Por otro lado Talamanca insiste en esta diferenciación a propósito de la determinación del patrimonio final a la liquidación de la sociedad, pero junto a ello afirma que el cálculo de las pérdidas y ganancias resultantes no debió diferir en unas sociedades respecto de otras sino que consistiría simplemente en hallar el saldo neto entre el patrimonio final e inicial de la sociedad. Véase también J. HERNANDO LERA, *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, Madrid, 1992, pp. 113 ss.

³⁴ Estaríamos entonces ante una sociedad leonina que encubriría un negocio de donación lo que - como hemos visto - no estaba permitido en D. 17.2.5.1 (G. SANTUCCI, *Il socio d'opera...*, *op. cit.*, p. 73).

³⁵ R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, *op. cit.*, p. 459, señala a este respecto que Quinto Mucio Escévola no rechazó el reparto desigual entre los socios por su falta de equivalencia sino porque se presentaba *contra natura societatis*. Además, hemos de añadir que, como destaca A. GUARINO, *La società...*, *op. cit.*, pp. 5 ss. (pp. 82-84), el régimen jurídico de la *societas* consensual romana parte de una estructura elemental de la *societas* que estaría integrada normalmente por sólo dos socios, de tal manera - añadimos - que si esto hubiese sido efectivamente así, o incluso en sociedades de tres o cuatro socios, estaríamos hablando de pequeñas unidades en las que la amistad y confianza mutua jugarían un papel muy importante,

resultado obtenido por dicha sociedad mientras que Sulpicio Rufo admitía que un socio pudiese tener (él mismo) un porcentaje de participación en las ganancias y otro distinto en las pérdidas³⁶, lo cual fue rechazado a su vez por Mucio Escévola.

En el mismo fragmento Gayo nos explica que la opinión de Sulpicio Rufo prevaleció entre los juristas romanos pero advirtiendo que esto es así sólo « *si modo opera eius tam pretiosa videatur* », esto es, sólo si se justifica que la aportación del socio industrial fue de un gran valor para la sociedad. El texto es el siguiente :

Gayo 3.149

Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. Quod Quintus Mucius <contra naturam societatis esse sensit. Sed Servius Sulpicius cuius>³⁷ etiam praevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem

lo cual abogaría – si bien sólo *prima facie* – por el mantenimiento de la igualdad de porcentajes en los usos tradicionales romanos.

³⁶ Por ejemplo, $\frac{3}{4}$ de las ganancias y $\frac{1}{4}$ de las pérdidas.

³⁷ En el texto original del fragmento no figuraba en realidad la frase comprendida entre los rimbos y, como puso de relieve V. ARANGIO-RUIZ, *La società...*, *op. cit.*, p. 95, - y esta opinión se acepta comúnmente por la doctrina romanística - la omisión pudo deberse a un error del copista del manuscrito veronés del siglo V - que, como sabemos, constituye la fuente fundamental de conocimiento de las Instituciones de Gayo - el cual se habría saltado dicha línea que aparecería en el texto original de las Instituciones. La laguna se ha colmado por la doctrina romanística acudiendo al texto contenido en I.J. 2.25.2. Aún más, autores como el propio ARANGIO-RUIZ, *La società...*, *op. cit.*, pp. 101-102, o A. Guarino, *Solutio societatis, Studi Grosso III*, Torino, 1970, pp. 1 ss. (p. 7) [= *Labeo* 14 (1968), pp. 139 ss. (p. 142) ; *La società...*, *op. cit.*, p. 127] entienden que las Instituciones de Justiniano recogen seguramente con más fidelidad el texto original de las Instituciones de Gayo que el fragmento que conocemos de Gai. 3.149, el cual habría sido retocado por copistas postclásicos posiblemente al redactar el manuscrito veronés. No obstante, G. ROTONDI, *Natura contractus, BIDR* 24 (1911), pp. 5 ss. (p. 13) [= *Scritti Giuridici*, 2, Milano, 1922, pp. 165 ss.] objetó al respecto que la expresión *contra naturam societatis* que aparece en el pasaje omitido es producto de una dogmática jurídica más elaborada propia de época más tardía y que Quinto Mucio no pudo utilizar dicha expresión en el siglo I a.C. cuando - añadimos - no estaba definitivamente fijado el concepto de *contractus* y mucho menos su naturaleza jurídica. Sin embargo, la doctrina ha aceptado generalmente el texto propuesto aún reconociendo que quizá estemos ante una interpolación o glosema postclásico formal que, sin embargo, no altera el significado de la frase. En el mismo sentido que Rotondi : PRINGSHEIM, *Natura contractus und natura actionis, SDHI* 1 (1935), pp. 79 ss. Contra esta tesis se manifestó A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali...*, *op. cit.*, p. 175, nt. 1, y C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Pubbl. Un. Catt. Milano, 53, Milano, 1937, pp. 94 ss. Es interesante constatar que Irnerio (s. XII) al glosar las fuentes romanas utilizó precisamente la expresión *natura societatis* al

*existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti*³⁸. *Nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet.*

La exposición gayana es parafraseada escolásticamente en I.J. 3.25.2³⁹, y el mismo tema fue tratado por Ulpiano en D. 17.2.29.1 en donde, sin embargo, el jurista tardoclásico cita a Sabino y Casio - dos juristas por lo demás muy vinculados a Mucio Escévola - que parecen

vincular la validez de este acuerdo entre los socios más a la voluntad de las partes que a la naturaleza de la sociedad: « *alioquin, iure potius pactionis, quam ex natura societatis, talem pactum valebit* » (*Summa institutionum, Liber tertius, XXV: De societate*, p. 399 (K.-M. HINGST, *Die societas leonina...*, *op. cit.*, p. 129). Por último, añadimos que G. BESELER, *Zu Gaius III, 149, SDHI 4* (1938), pp. 205-208; *Fruges et Paleae, Scritti Ferrini*, 3, Milano, 1948, pp. 276 ss., realizó una interpretación del texto en relación con los demás concordantes al mismo según la cual dedujo que la *magna quaestio* no podía darse entre Quinto Mucio y Sulpicio Rufo sino entre el primero y Casio: *Quod Q. Mucius et Servius Sulpicius negabant: Cassium autem, cuius etiam prevalet sententia*. Esta suposición fue rechazada por S. DI MARZO, *Pro Servio Sulpicio Rufo, BIDR 45* (1938), pp. 261 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La Società...*, *op. cit.*, pp. 96-97; y F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen, 1969, I, p.164, entre otros. Véase, M. FUENTESECA, *La magna quaestio societatis y otros problemas del contrato de sociedad romano*, *Revista de Dereito*, Santiago de Compostela, vol. 1, nº 7, 35-36, 1998, pp. 35 ss. (pp. 44-45).

³⁸ *Si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti* aparece como justificación para admitir que el socio industrial pueda quedar exento de las pérdidas. La misma idea fue expresada con más claridad si cabe por los justinianeos en I.J. 3.25.2: *Quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti.*

³⁹ *De illa sane conventionem quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti: nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mucii sententiam optinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit: quod tamen ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest intellegatur lucri esse.*

querer delimitar en sus justos términos la defensa de Sulpicio Rufo del socio industrial⁴⁰. El texto es el siguiente :

D. 17.2.29.1 (Ulp. 30 Sab.)

*Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat : quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est : plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat quam pecunia, item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus*⁴¹.

Por último, los justinianos llevaron la enunciación de la regla casiana de la sociedad leonina precisamente al número siguiente del

⁴⁰ Asimismo, en D. 17.2.30 (Paul. 6 Sab.) los compiladores pusieron otro fragmento de Ulpiano en el que se concretan más los términos de la discusión entre Quinto Mucio y Servio Sulpicio y se añaden nuevos elementos relativos a la liquidación de las pérdidas y ganancias sociales. El texto es el siguiente : *Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat : Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto : sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur*. Según el tenor literal del texto, sucede que en el pasaje *Servius in notatis - omni lucro deducto* Servio Sulpicio responde afirmativamente a la opinión del otro jurista. No obstante, en este pasaje tomado de las *Notata Mucii* de Servio Sulpicio, dicho jurista acepta que no cabe que un socio participe de modo desigual en las pérdidas o ganancias de la sociedad pero, en realidad, lo hace en un sentido distinto al de Quinto Mucio ; así, parece asentir la opinión de éste pero sólo para recordar que está afirmando una obviedad, a saber: que en la práctica no puede conocerse *a priori* cual va a ser la pérdida o ganancia que obtenga la sociedad ni las aportaciones que efectivamente realicen los socios a lo largo de su existencia de tal manera que sólo cuando al término de la vida social se sepa cual es el saldo neto del balance social y la cuantía, medida en términos cuantitativos, de aquellas aportaciones, podrán los socios decidir lo que consideren más oportuno en el reparto de dicho saldo positivo o negativo. O lo que es lo mismo, en el lenguaje de la contabilidad : cuando se lleve el resultado de la cuenta de explotación al balance final. Por lo demás, Servio Sulpicio sí admite que los socios respectivos pudiesen pactar un reparto desigual para cada socio de las pérdidas o ganancias obtenidas a tenor de lo establecido en Gai. 3.149 y en D. 17.2.29pr. Véase F. HORAK, *Rationes decidendi...*, op. cit., pp. 161 ss.; F. CANCELLI, *Società...*, op. cit., p. 502 ; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera...*, op. cit., pp. 39 ss.

⁴¹ G. SANTUCCI, *Il socio d'opera...*, op. cit., p. 83, nt. 112-115, hace una relación de la doctrina que ha realizado una exégesis del fragmento, a partir de F. WIEACKER, *Societas...*, op. cit., p. 265, nt. 5, que estimó interpolada la parte final del mismo desde *plerumque* a *solus*, hasta la opinión común hoy en día que aboga por la genuinidad sustancial del texto, si bien, reconoce que ha podido sufrir alguna contracción o recorte respecto del pasaje original de Ulpiano.

fragmento antes citado, es decir, al número 2 del fragmento 29, quizá como corolario de la discusión entre juristas clásicos sobre este punto. Podemos afirmar que en la *magna quaestio* se pone de relieve la tensión entre los intentos de ordenación sistemática de los contratos por parte de la jurisprudencia tardo-republicana y alto-clásica y la presión ejercida por la realidad social que demandaba un mayor reconocimiento a la libertad contractual de las partes. Así, la generalidad de la doctrina romanística ha entendido que la posición de Mucio Escévola partía de una concepción tradicional de la *societas omnium bonorum* como heredera - como mínimo en parte - de la comunidad *ercto non cito*⁴² del *ius civile*⁴³, siendo aquella integrada normalmente por muy pocos socios, entre los que regía un espíritu de fraternidad e igualdad⁴⁴, para negar así una posición de privilegio al socio industrial.

⁴² Según la llamada « teoría monista » de Wieacker que recientemente ha comentado F.-S. MEISSEL, *Societas, Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt am Main, 2003, pp. 23 ss., pp. 35 ss. Junto a dicha teoría V. ARANGIO-RUIZ, *La Società ...*, *op. cit.*, pp. 18 ss. (F.-S. MEISSEL, *Societas...*, *op. cit.*, pp. 35-36), aportó su « teoría dualística » que veía el origen de la *societas omnium bonorum* tanto en el *consortium ercto non cito* del *ius civile* como en el ámbito del *ius gentium* en el que interviene el pretor peregrino para reglamentar las relaciones comerciales internacionales. Por el contrario, A. GUARINO, *La Società...*, *op. cit.*, p. 18 (F.-S. MEISSEL, *Societas...*, *op. cit.*, pp. 36 ss.) defendió que el único origen de la *societas* consensual estaba en el *ius gentium* procedente del edicto del pretor peregrino. Sobre esta materia, véase también en la doctrina española, J. ARIAS RAMOS, *Los orígenes del contrato de sociedad, consortium y societas*, *Revista de Derecho Privado* 26, 1942, pp. 141 ss.; L. GUTIÉRREZ-MASSÓN, *Del consortium a la societas*, II, *Societas omnium bonorum*, Madrid, 1991, pp. 25 ss.; C. VELASCO, *La sociedad*, en *Derecho Romano de obligaciones: Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 611 ss.

⁴³ Con posterioridad, seguramente a mediados de la República, surgió también un *consortium ad exemplum fratrum suorum* constituido voluntariamente a través del procedimiento de una *legis actio*. (Gai. 3.154 b). Véase, L. GUTIÉRREZ-MASSÓN, *Del consortium a la societas*, I, *Consortium ercto non cito*, Madrid, 1994, pp. 80 ss., *Del consortium a la societas*, II, *op. cit.*, pp. 45 ss., donde la Autora aborda la cuestión de la naturaleza y función de la *certa legis actio* referida por Gayo, recogiendo una abundante bibliografía romanística. También, F.-S. MEISSEL, *Societas...*, *op. cit.*, pp. 93 ss.

⁴⁴ Aunque en la vida diaria debieron darse múltiples situaciones lo cierto es que básicamente se trataría de una sociedad destinada a la explotación común de fundos rústicos (sociedad de gestión) por parte de personas entre las que existía una relación de parentesco o de *amicitia* y destinada al goce o administración de dichos fundos. F. WIEACKER, *Societas...*, *op. cit.*, p. 252, p. 256, pone de relieve que en ese ámbito tradicional sujeto a esquemas propios de una sociedad agrícola heredera de la antigua

Incluso vemos que tanto en Gai. 3.150⁴⁵ como en D. 17.2.29^{pr}⁴⁶, se establece la regla según la cual si las partes no acuerdan nada se repartirán las pérdidas y ganancias por partes iguales - añadimos - con independencia del valor de lo aportado, lo cual fue a su vez reinterpretado por la tradición jurídica romanista y por códigos civiles como el español, italiano, francés o austriaco - no así el alemán o el suizo de obligaciones que siguen fieles a la igualdad - en el sentido de proporcionalidad a las respectivas aportaciones⁴⁷.

comunidad *ercto non cito*, sólo se tenían en cuenta las participaciones de capital de los socios (no de trabajo) y se seguía el principio de igualdad en el reparto de pérdidas y, aún más, dicho Autor aportó en apoyo de su tesis (p. 260) diversas fuentes literarias de finales de la República y época clásica para poner de relieve que en la *societas* romana de aquel tiempo se daba normalmente la igualdad en el reparto de pérdidas y ganancias. Sobre este tema, véase, M. KASER, *Neue literatur zur societas*, *SDHI* 41 (1971), pp. 278 ss. (p. 313). En este sentido, L. GUTIÉRREZ-MASSÓN, *Del consortium... II., op. cit.*, p. 39, rechaza la tesis mantenida por autores como J. MACQUERON, *Histoire des obligations*, Aix en Provence, 1971, p. 170, o H. LÉVY-BRUHL, *Le consortium artificiel du nouveau Gaius*, in *Nouvelles études sur les très ancien droit romain*, Paris, 1971, pp. 60-61, que defendían una causa diferente - su finalidad económica y social - en la *societas omnium bonorum* respecto del consorcio *ercto non cito*, en virtud de lo cual resultaría la imposibilidad de que la *societas omnium bonorum* derivase del *consortium ercto non cito*. No obstante, A. GUARINO, *La società ...*, *op. cit.*, pp. 11 ss. (pp. 18-19). En cualquier caso, los socios en la *societas omnium bonorum*, estarían unidos por sólidos vínculos familiares o de amistad a imagen y semejanza de lo que ocurría en la comunidad *ercto non cito* y su relación estaría presidida por la fidelidad mutua. En este sentido resulta sugerente la opinión de A. WATSON, *The notion of equivalence of contractual obligation and classical roman partnership*, *The Law Quarterly Review* 97 (1981), pp. 275 ss. (p. 281) que ve un paralelismo entre el principio de igualdad que rige la participación de los socios en este tipo social y lo que sucede en el matrimonio en régimen de gananciales donde los cónyuges participan por igual en las pérdidas o ganancias de la sociedad conyugal con independencia de la cuantía real de sus aportaciones a la misma.

⁴⁵ *Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen aequis ex partibus commodum et incommodum inter eos commune esse; sed si in altero partes expressae fuerint, velut in lucro in altero vero omissae, in eo quoque quod omissum est, similes partes erunt*

⁴⁶ *Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat...*

⁴⁷ A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti...*, *op. cit.*, pp. 167-168, pone de relieve que la Glosa medieval fue la primera en entender que *aequae partes* no debe interpretarse en el sentido de partes viriles sino como partes proporcionales a las aportaciones de los socios. Esta idea fue acogida por la generalidad de los códigos civiles europeos como es el caso del art. 1853 del CC francés de 1804, del art. 1844,1 del CC francés de 1978, del art. 1717 del CC italiano de 1865, o en el art. 2263 del CC italiano de 1942 en el que, no obstante, después de afirmar que las cuotas de los socios se presumen

No obstante, Talamanca⁴⁸ señaló que la posición de Quinto Mucio Escévola no fue tan tradicional como se ha dicho ya que también admitió implícitamente que se pudiese beneficiar al socio industrial a través de la fijación de un porcentaje de pérdidas y ganancias entre los socios distinto al de la pura igualdad por cabezas (por ejemplo, para un mismo socio, $\frac{1}{4}$ de ganancias y $\frac{1}{4}$ de pérdidas), el cual podría ser en su caso más favorable al socio industrial. Lo que - entiende Talamanca, a tenor del texto contenido en D. 17.2.30⁴⁹ - no admitió Quinto Mucio - a diferencia de Servio Sulpicio - fue que se acordase una participación distinta de un mismo socio en las pérdidas respecto de las ganancias (por ejemplo, socio industrial : $\frac{3}{4}$ de ganancias, $\frac{1}{4}$ de pérdidas) con el resultado perseguido de que el socio industrial pudiese quedar exento de participar con su patrimonio en caso de pérdidas, o al menos, lo hiciese en menor porcentaje que el socio capitalista. En cualquier caso, la aparición de sociedades genuinamente mercantiles como eran las *societates unius rei* y *unius negotiationis*⁵⁰ dio paso a nuevas posibilidades en las que el socio

proporcionales a las aportaciones de los socios, se dice que si el valor de las aportaciones no está determinado en el contrato se presumen iguales. Asimismo en el art. 992 del CC portugués o en el § 1193 del A.B.G.B. austriaco. Por el contrario, el § 722 del B.G.B. alemán o el art. 533 del Código suizo de obligaciones han mantenido la idea de la igualdad de cuotas al establecerse que cuando no se hubiere fijado la parte de los asociados en los beneficios o pérdidas, cada socio tendrá una parte igual en ellas sin consideración a la forma ni a la cuantía de su aportación. Véase MANRESA Y J.M. NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español* (6 ed. revisada por J.M. BLOCH), XI, Madrid, 1972, pp. 496-497.

⁴⁸ M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica...*, *op. cit.*, p. 29, nt. 140 ; *Società...*, *op. cit.*, pp. 815 ss. (p. 835). Asimismo, el propio F. WIEACKER, *Societas...*, *op. cit.*, pp. 256-257, señala que en realidad Quinto Mucio Escévola representa también un momento de transición dentro del pensamiento de la jurisprudencia romana en paralelo con el desarrollo a finales de la República de sociedades de lucro que se alejaban de la *societas omnium bonorum* ; según esto el jurista romano admitió ya la posibilidad de que los socios fijasen pérdidas y ganancias desiguales pero siempre que la desigualdad fuese de un socio respecto de otro de tal manera que cada socio tuviese el mismo porcentaje de pérdidas que de ganancias ; la razón de ello estaría en que no se pueda privilegiar en exceso al socio industrial. Añadimos que, en efecto, según el tenor de las fuentes que venimos examinando, Quinto Mucio sólo niega expresamente que pueda darse esta última desigualdad sin que se pronuncie acerca de que pueda acordarse distinto porcentaje de participación de un socio respecto de otro.

⁴⁹ Véase *supra*, nt.40.

⁵⁰ C. ARNÒ, *Il contratto...*, *op. cit.*, pp. 93 ss. ; V. ARANGIO-RUIZ, *La Società ...*, *op. cit.*, pp. 141 ss. ; F.-S. MEISSEL, *Societas...*, *op. cit.*, pp. 131 ss. ; C. VELASCO, *La sociedad...*, *op. cit.*, p. 621.

industrial - piénsese por ejemplo, en el capitán de una nave - juega un papel esencial.

El problema surge cuando los más importantes juristas de época tardo-republicana y clásica se vieron compelidos a buscar un encaje a la nueva realidad social y económica que iba surgiendo en el campo de las *societates* mercantiles dentro del mundo de los conceptos y categorías jurídicas que estaban siendo elaboradas por la jurisprudencia romana de aquel tiempo⁵¹. A tenor de las fuentes de que disponemos podemos concluir afirmando que Sulpicio Rufo habría querido abrir dichas categorías a la nueva realidad⁵² para permitir que el socio industrial pudiese ponerse en una mejor situación respecto al socio capitalista, mientras que Mucio Escévola siguió una postura más formalista⁵³.

Pero juristas como Sabino⁵⁴ y Casio matizaron a su vez la posición de Sulpicio Rufo tomando en consideración la causa del contrato de

⁵¹ G. SANTUCCI, *Il socio d'opera...*, *op. cit.*, p. 35, a propósito de la *magna quaestio* gayana afirma que « ...si deve inoltre annoverare fra le prime testimonianze certe della progressiva affermazione dello schema della società consensuale nell'esperienza giuridica romana ». Y el mismo Autor añade en p. 93 el siguiente comentario : « la magna quaestio riflette, in buona sostanza, un momento importante di valutazione ed insieme di scontro all'interno dell'elaborazione giurisprudenziale di quel tempo, fra questi due differenti modelli di rapporti associativi, e anche per questo essa costituisce - come ha scritto Franz HORAK (*Rationes decidendi...*, *op. cit.*, p. 167) - 'ein sehr lehrreiches Intermezzo der römischen Rechtsgeschichte'. »

⁵² A este respecto destaca P. PINNA PARPAGLIA, *Aequitas in libera Respublica*, Milano, 1973, pp. 176 ss., el sentido de la equidad con el que operó Servio Sulpicio en este campo. También, L. VACCA, *Considerazioni sull'aequitas come elemento del metodo della giurisprudenza romana, Studi in Memoria di G. D'Amelio*, I, Milano, 1978, pp. 406 ss.

⁵³ En este sentido, M. TALAMANCA, *Costruzione...*, *op. cit.*, pp. 29 ss., p. 338, nt. 131 ; *Développements socio-économiques et jurisprudence romaine à la fin de la république*, *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VII, Milano, 1987, p. 776.

⁵⁴ F. WIEACKER, *Societas...*, *op. cit.*, pp. 265 ss. (p. 266), destacó que Casio era discípulo y comentarista de Quinto Mucio y que tanto Casio como Sabino - que, añadimos, pertenecían a la misma escuela de juristas, heredera del saber de Quinto Mucio -, delimitaron y pusieron en sus justos términos, frente a Servio Sulpicio, la posición del socio industrial. Incluso WIEACKER va más allá y supone que la frase contenida en Gai. 3.149 : *Si modo opera tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactioe in societatem admitti*, sería originariamente tomada por Gayo de Casio y Sabino y no, propiamente, de Servio Sulpicio. También G. SANTUCCI, *Il socio d'opera...*, *op. cit.*, p. 90, nt. 128, reseña la conexión existente entre Sabino y Quinto Mucio citando a O. BEHRENDTS, *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni, Index 12, 1983-1984*, p. 211, nt. 9, y en general, a F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, Firenze, 1946, p. 232, pp. 277 ss., donde pone en

sociedad que viene dada por el interés verdadero y común que han de tener todos los socios en los resultados de la sociedad, lo que trae consigo el corolario de que ha de darse un reparto equitativo de las pérdidas y ganancias, es decir, en proporción a las aportaciones efectivamente realizadas por los socios porque, de lo contrario, podrían darse situaciones de verdadero enriquecimiento injusto de unos socios frente a otros. En este sentido, se establece en el Digesto la regla en virtud de la cual el arbitrio realizado por un tercero o por uno de los socios en el reparto de los resultados entre los socios debe hacerse equitativamente, con arreglo a las reglas de la buena fe⁵⁵. Por

evidencia « una profunda aderenza, a livello sistematico, dei *tres libri iuris civilis* rispetto al *ius civile*. »

⁵⁵ Vemos que a lo largo de D. 17.2.75 (Cels. 15 dig.), 76 (Proc. 5 epist.), 78 (Proc. 5 epist.), 79 (Paul. 4 quaest.), 80 (Proc. 5 epist.), se recoge una cadena de textos que los compiladores de Justiniano tomaron de Celso, Próculo y Paulo. Concretamente Próculo distinguía genéricamente en el fragmento 76 entre un *arbitrium merum*, en el que las partes se vinculaban mediante un *compromissum* a aceptar la decisión que adoptase el arbitrador elegido por ellas cualquiera que sea su actuación y, por otro lado, un *arbitrium boni viri*, por el cual la actuación del tercero estaba sujeta a un juicio de buena fe en el que, por tanto, las partes podrían impugnar ante el juez la decisión adoptada por el arbitrador. G. SANTUCCI, *Il socio d'opera...*, op. cit., pp. 61 ss., ha destacado que estos fragmentos ponen de relieve que ya a finales de la República cabía la posibilidad de que los socios acordasen un reparto de cuotas diferentes entre los mismos y, partiendo del - a su juicio - carácter genuino del texto de Próculo, entiende que dicho jurista romano concebía la actuación del arbitrador en este caso como un *arbitrium boni viri* enmarcado dentro del *ius societatis* que viene dado por el carácter de *bona fides* de la *actio pro socio*, es decir, de la acción del contrato de sociedad, lo cual se traduce en la práctica en que la decisión del árbitro habrá de ser necesariamente proporcional a las aportaciones de los socios. Así, en el fragmento 78 se dispone lo siguiente : *in proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est*. Véase, C. VELASCO, *La sociedad...*, op. cit., pp. 625-627. Recogemos también la tesis de F. GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, *Studi Grosso*, III, Torino, 1970, pp. 479 ss., según la cual Próculo entendía la actuación del árbitro (arbitrador) en este caso más bien como un *arbitrium merum*, mientras que Paulo vino a matizar casi dos siglos después ese parecer en el sentido de que para este jurista la actuación del arbitrador en los contratos *ex fide bona*, como era propiamente el contrato de sociedad, siempre estaba sujeta a los límites impuestos por la equidad y la buena fe. Por último - F. GALLO, *La dottrina di Proculo...*, op. cit., p. 523 - los justinianeos, al componer la cadena de textos referida en el Digesto y al integrar la opinión de los juristas clásicos sobre este punto, los interpolaron al menos formalmente para fijar definitivamente un criterio intermedio entre el *arbitrium merum* de Próculo, que sería respetuoso con el principio de la autonomía de la voluntad, y el *arbitrium viri boni*, delimitado por la buena fe; ello es así en tanto en cuanto que en el fragmento 79 (Paul. 4 quaest.) vemos que se establece la posibilidad de impugnación del arbitrio por cualquiera de las partes pero sólo en la medida en que

tanto, parece que no cabe dentro del contrato de sociedad otro acuerdo de reparto entre los socios que no fuese equitativo⁵⁶.

La doctrina romanística ha partido entonces de una interpretación semántica o gramatical de las fuentes para tratar de hallar luz sobre el papel que tuvo la causa en relación con la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato de sociedad. Así, Arangio-Ruiz⁵⁷ y Horak⁵⁸, entre otros, entendieron que la frase « *si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti* » que aparece en Gai. 3.149, constituye un glosema postclásico añadido en el manuscrito veronés sobre el texto original de Gayo, el cual se reflejaría más fielmente en I.J. 3.2.25, en el que en lugar del condicional « *si modo* » aparece el término explicativo « *quia* » al principio de la frase « *quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti* ». El añadido postclásico estaría basado en consideraciones morales para establecer una verdadera condición según la cual sólo si las *operae* del socio industrial fuesen verdaderamente importantes se podría justificar que el mismo pudiese gozar de una situación de privilegio en la sociedad.

la actuación arbitral haya sido tan perversa que dé como resultado una solución de *manifesta iniquitas*. Por último, sobre arbitraje y arbitrio en el Derecho Romano: A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano*, Madrid, 2006, pp. 199 ss.; J. HERNANDO LERA, *El contrato de sociedad...*, *op. cit.*, pp. 279 ss.
⁵⁶ Sobre este punto insiste especialmente, G. SANTUCCI, *Il socio d'opera...*, *op. cit.*, pp. 68 ss.; y este aspecto se destaca a su vez por J.M. RAINER, *Zur Societas. Überlungen zum Buch von Gianni Santucci: Il socio d'opera in diritto romano* (Padua, 1997), *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 12 (1999), pp. 101 ss. (pp. 103-105).

⁵⁷ V. ARANGIO-RUIZ, *La società...*, *op. cit.*, pp. 100-101. Por otro lado, C. ARNÒ, *Il contratto...*, *op. cit.*, p. 235, interpretó estos textos en el sentido de que Gayo al utilizar el condicionante *si modo...* se inclinó por una posición más próxima a Quinto Mucio mientras que los justinianos, que seguían el pensamiento de Servio Sulpicio, se sintieron con el deber de cambiar el texto de las Instituciones de Gayo utilizando el explicativo *quia...*

⁵⁸ F. HORAK, *Rationes decidendi...*, *op. cit.*, pp. 158-159, entendió también que en el fragmento de Gayo se estaba haciendo referencia con la expresión *si modo* a una verdadera condición – *Bindung* - necesaria para hacer posible el trato de favor del socio industrial valorable por el juez en el *iudicium pro socio*, - « *Ihr Vorliegen muß also der iudex im iudicium pro socio jeweils für den Einzelfall prüfen* » - mientras que en las Instituciones de Justiniano se estaría recogiendo bajo el término *quia* una mera justificación de dicho trato de favor. Sobre la tesis de Arangio-Ruiz y Horak: M. FUENTESECA, *La Magna quaestio societatis...*, *op. cit.*, pp. 46-48.

Asimismo, en relación con este tema, Arangio-Ruiz⁵⁹ formuló su conocida tesis sobre los tres estratos que aparecen en D. 17.2.29pr. El texto es el siguiente :

D. 17.2.29pr (Ulp. 30 Sab.)

Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa.

Según el citado Autor el fragmento de Ulpiano sería genuino desde « *si non fuerit* » hasta « *placet valere* » dado que en este pasaje se afirma la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de distribuir los resultados sociales ; a continuación, desde « *si modo* » hasta « *operae* », el fragmento contendría un glosema postclásico⁶⁰ con el fin de condicionar aquella libertad contractual al cumplimiento efectivo de la causa del contrato de sociedad conforme a lo establecido en el manuscrito veronés de las Instituciones de Gayo (Gai. 3.149) ; y por último, las palabras finales « *cuiuscumque alterius rei causa* » supondrían un añadido de los justinianos de corte clasicista que tendría por objeto dejar sin efecto el glosema postclásico anterior al admitir que las partes pueden pactar un reparto desigual « *cuiuscumque causa* », es decir, en virtud de cualquier causa⁶¹.

⁵⁹ V. ARANGIO-RUIZ, *La società...*, op. cit., pp. 107-108 ; M. FUENTESECA, *La Magna quaestio societatis...*, op. cit., pp. 49-51 ; E. RODRÍGUEZ DÍAZ, *L. 29, D. Lib. Trig. Ad Sab. 17.2, y el reparto de pérdidas y ganancias de los socios*, en *Estudios jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, II, Salamanca, 2002, pp. 891 ss.

⁶⁰ « *Nella tradizione manoscritta, invece, che fa capo al Veronese, è intervenuta la mano di uno studioso postclassico ansioso di limitare il più possibile le diseguaglianze fra i soci, non ammettendole se non sotto il controllo del giudice.* » (V. ARANGIO-RUIZ, *La società...*, op. cit., p. 102).

⁶¹ A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti...*, op. cit., pp. 180 ss, consideró que el texto desde *si modo* hasta *rei causa* fue interpolado por los justinianos para establecer una limitación a la libertad de contratación de los socios que obedecería al diferente ambiente cultural e intelectual de época postclásica y justiniana; dicha tesis fue rechazada por A. POGGI, *Il contratto di società*, op. cit., II, p. 162, que manifiesta, entre otras cosas, que de aceptarse esta interpolación no vemos como no aparece esa misma limitación en I.J. 3.25.1. Por su parte, A. Guarino, *Societas consensu contracta*, op. cit., pp. 73-74 [= *La società in diritto romano...*, op. cit., pp. 73- 74], llamó la atención sobre la incongruencia que se da cuando en el fragmento que comentamos se dispone una regla de proporcionalidad entre las aportaciones de los socios y las cuotas que les corresponden, mientras que en Gai. 3.150 se establece el reparto por partes iguales entre los socios en caso de que no hayan pactado nada al

Más recientemente, otros autores⁶² han seguido otra línea de investigación viendo una contraposición entre Gai. 3.149, que entienden que no fijaría ninguna condición sino una mera explicación de la posición privilegiada del socio industrial y, por otro lado, D. 17.2.29.1, en el que - como ya indicamos - Sabino, seguido por Casio, advierte que la posición del socio industrial se justifica sólo « *si tanti sit opera, quanti damnum est* », es decir, sólo si la valoración del trabajo realizado por el socio industrial, medida en

respecto, es decir, con independencia de sus respectivas aportaciones. Ante este hecho el Autor se ha inclinado por considerar la existencia de diversos glosemas postclásicos desde *vero placuit* hasta el final sin que reconozca en el fragmento una intervención justiniana.

⁶² F. BONA, *Studi sulla società...*, *op. cit.*, pp. 30 ss., consideró que la frase en cuestión contenida en D. 17.2.29.1, no es fruto de interpolación justiniana sino que reflejaba fielmente el parecer de Sabino y Casio según el cual la posición privilegiada del socio industrial defendida por Servio Sulpicio debía estar condicionada en la práctica a que « el trabajo prestado por este socio, pecuniariamente valorado (*si tanti sit opera*), hubiese equivalido a la disminución de capital sufrida, al final de la gestión, por el socio capitalista (*quanti damnum est*) » (p. 32); dicho cálculo sólo podrá realizarse efectivamente al término de la gestión social. El Autor señala que aunque la frase de Gai. 3.149, *si modo opera eius...*, suena formalmente a una condición, ella se reduce en realidad a una justificación de la admisibilidad del pacto de exclusión de las pérdidas pero no impone la valoración económica de las *operae* como una condición verificable al término de la vida de la sociedad. M. KASER, *Neue Literatur...*, *op. cit.*, pp. 316-317, sigue implícitamente la tesis de Bona y ve en esta frase el límite impuesto por Sabino, sin oposición de Casio, al acuerdo de exención del socio industrial respecto de las pérdidas (« *Das hat Sabinus wohl gesagt, ohne bei Cassius auf Widerspruch zu stossen* », p. 317). G. SANTUCCI, *Il socio d'opera...*, *op. cit.*, p. 38, nt. 19, p. 81, pp. 84 ss., ha seguido expresamente esta interpretación de Bona. Otros autores no han mantenido o han discrepado de esta línea de interpretación: así A. POGGI, *Il contratto di società...*, II, *op. cit.*, p. 163, sólo vio en estos textos una consideración o justificación de tipo económico sobre la posición privilegiada del socio industrial sin ningún valor jurídico. Incluso A. GUARINO, *Societas consensu contracta*, *op. cit.*, pp. 31-32 [= *La società in diritto romano*, *op. cit.*, pp. 31-32], rechazó la interpretación de Bona y no cree que pueda defenderse a tenor de las fuentes que venimos analizando una diferencia o contradicción entre la opinión de Casio y Sabino expresada en D. 17.2.29.1, y la manifestada por Servio Sulpicio en Gai. 3.149-150 y D. 17.2.29^{pr}, de tal manera que no considera que en el primer fragmento los juristas sabinianos estén imponiendo una condición efectiva a la exención de las pérdidas por parte del socio industrial verificable sólo al término de la gestión social. Por último, M. TALAMANCA, *Società...*, *op. cit.*, p. 837, nt. 254, señala que del texto en cuestión no puede afirmarse nada ya que - entre otras consideraciones del Autor - entiende que ha sido objeto de un « *raccorciamento* » realizado por los compiladores: « I compilatori sono, quindi, intervenuti sopprimendo un resoconto articolato della controversia dal che è derivato l'attuale stesura del passo ».

términos económicos, equivale a las pérdidas sociales. Vemos, por tanto, que el fragmento utiliza el presente subjuntivo como condicional para referir la importancia de las *operae* del socio industrial, de tal manera que parece que Sabino y Casio están aludiendo a un cálculo *a posteriori* efectuado en el momento en que tenga lugar la liquidación de la sociedad, por el que se cuantifique económicamente todas las aportaciones de bienes y de industria de los socios, de lo que resulta, a tenor del texto, que el socio industrial sólo quedará exento de las pérdidas sociales si la valoración económica de su contribución es inferior o, como mucho, equivalente a la disminución del capital sufrido al término de la sociedad a la que tendrá que hacer frente el socio capitalista. En definitiva, parece que, efectivamente, Sabino y Casio estuviesen estableciendo un límite o marco respecto de la posición de Sulpicio Rufo a favor del socio industrial.

Ahora bien, como se ha señalado recientemente, en muchos casos tampoco resultaría fácil realizar en la práctica un cálculo *a posteriori* del valor de las aportaciones del socio industrial a los efectos de la determinación de su aportación a las pérdidas de la sociedad sino que - como sugiere Rainer⁶³ - tendrían lugar en la práctica acuerdos globales, basados en la *bona fides*, al comienzo de la sociedad entre el socio capitalista y el socio industrial que serían satisfactorios para ambos, sin perjuicio de una más exacta valoración *a posteriori* de los trabajos efectivamente realizados por el socio industrial, e incluso podría convenir al socio capitalista formarse una idea inicial del valor en su conjunto de las aportaciones del socio de trabajo.

Para finalizar, atendiendo a una interpretación de conjunto de las escasas fuentes disponibles en esta materia, llegamos a la conclusión de que efectivamente el elemento de la causa del contrato de sociedad fue utilizado por juristas como Sabino, Casio y Ulpiano para delimitar en cierta medida el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes en el Derecho Romano ya que las expectativas de beneficio de los socios han de ser razonablemente proporcionales a las aportaciones de cada uno puesto que, de lo contrario, estaríamos ante una situación próxima a la *societas donandi causa*. Según esto, suponiendo que el león de la fábula de Fedro representase al socio industrial y los demás animales a los socios capitalistas que ponen a

⁶³ J.M. RAINER, *Zur Societas...*, *op. cit.*, p. 108.

disposición de aquél una finca para cazar al ciervo, la solución que darían los juristas romanos no pasaría, evidentemente, por atribuir al león todo el cuerpo del ciervo pero tampoco por distribuirlo en partes iguales entre todos los socios porque entonces no resultaría un reparto equitativo dada la fundamental contribución del león al éxito de la sociedad salvo, claro está, que las partes estableciesen de modo expreso un reparto estrictamente igualitario.